

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES - CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO

RONEI PLÁCIDO RIBEIRO

DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA
EFETIVIDADE JURISDICIONAL

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA

CACOAL - RO
2016

RONEI PLÁCIDO RIBEIRO

**DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA
EFETIVIDADE JURISDICIONAL**

Monografia apresentada à Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Prof. Francisco Gonçalves Quiles - Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Prof. M.e Silvério dos Santos Oliveira.

**CACOAL - RO
2016**

FICHA CATALOGRÁFICA

Ribeiro, Ronei Plácido.
R484d Direitos sociais na Constituição de 1988 e sua
 efetividade jurisdicional/ Ronei Plácido Ribeiro –
 Cacoal/RO: UNIR, 2015.
 73 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. Me. Silvério Santos Oliveira.

1. Direito constitucional. 2. Direitos sociais. 3.
Política. 4. Garantias. I. Oliveira, Silvério Santos . II.
Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.
CDU – 342

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA EFETIVIDADE JURISDICIONAL

RONEI PLÁCIDO RIBEIRO

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia - *campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Prof. M.e Silvério dos Santos Oliveira – UNIR - Presidente

Prof^a. M.^a Simone Maria Gonçalves de Oliveira – UNIR – Membro

Prof^a. M.^a Daeane Zulian Dorst – UNIR – Membro

Conceito: 7,1.

Cacoal/RO, 21 de março de 2016.

Dedico este trabalho aos meus familiares e amigos que durante todo o curso deram o apoio e souberam ter paciência para que este objetivo se concretizasse, a minha esposa que de maneira direta foi meu alicerce e incentivadora para que alcançasse o final desta pesquisa, e ao meu orientador Professor M.e Silvério dos Santos Oliveira, pela assistência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por toda existência, aos meus familiares pelo apoio ao longo do curso, a minha esposa e filha pelo incentivo e paciência durante minha ausência, aos professores do curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia - UNIR, em especial os lotados no *campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, onde trilhei a maior parte desta conquista.

RESUMO

Objetivou-se com este trabalho a pesquisa da efetividade dos direitos sociais, especialmente, os elencados no artigo 6º da Constituição Federal. Pelo estudo da evolução histórica dos direitos sociais e de sua alocação nas Constituições, percebe-se que a crise atual não se dá pela falta de normatização dos direitos, mas por sua aplicabilidade. A inserção do rol de direitos sociais na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 foi um grande avanço na garantia dos direitos sociais, no entanto, sua aplicabilidade continua ineficaz. Por conseguinte, dentre as garantias e os remédios constitucionais constantes no ordenamento jurídico pátrio, deu-se ênfase ao Mandado de Segurança, Injunção e à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, instrumentos jurídicos próprios para a concretude desses direitos ante a omissão estatal.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Efetividade; Garantias; Política; Estado; Remédios Constitucionais.

ABSTRACT

The objective of this work is to research the effectiveness of social rights, especially those listed in Article 6 of the Constitution. By studying the historical development of social rights and their allocation in the Constitutions, it is clear that the current crisis does not happen by the lack of standardization of rights, but its applicability. The inclusion of social rights list in the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 was a major breakthrough in the guarantee of social rights, however, its applicability remains ineffective. Therefore, among the guarantees and the constant constitutional remedies in the Brazilian legal system, was given emphasis to the Writ of Mandamus, injunction and direct action of unconstitutionality by omission, own legal instruments for the concreteness of these rights at the state failure.

Keywords: Social Rights; Effectiveness; Guarantees, Policies, State, Constitutional Remedies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	13
1.1 DECLARAÇÕES UNIVERSAIS E DIREITOS SOCIAIS.....	13
1.2 OS DIREITOS SOCIAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	17
2 DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	19
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	20
2.2 DIREITOS SOCIAIS.....	21
2.2.1 Direito à educação.....	23
2.2.2 Direito à saúde.....	26
2.2.3 Direito ao trabalho.....	29
2.2.4 Direito ao lazer.....	31
2.2.5 Direito à segurança	32
2.2.6 Direito à previdência social e assistência social.. ..	34
2.2.7 Direito a proteção à maternidade e à infância.....	36
2.2.8 Direito à assistência aos desamparados	37
2.2.9 Direito à moradia	37
2.2.10 Direito à alimentação	38
2.2.11 Direito ao Transporte	39
3 GARANTIAS E REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS	40
3.1 FUNÇÃO DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS	40
3.2 GARANTIAS E REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS	41
3.2.1 Mandado de Segurança	41
3.2.1.1 Mandado de Segurança Coletivo	43
3.2.2 Mandado de Injunção....	44
3.2.3 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	48
4 EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ...	50

4.1 MOTIVOS DA INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	50
4.2 A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO	56
4.3 EFETIVIDADE DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS..	70
OBRAS CONSULTADAS	73

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo expandir o debate e a compreensão da aplicabilidade dos direitos sociais a necessidades do povo. Hodiernamente, na sociedade, os direitos são aprimorados a todo instante. A atual Constituição Federal de 1988 avançou consideravelmente na elaboração dos direitos sociais do cidadão, entretanto, a concretização desses direitos ainda é precária.

A eficácia deficiente dos direitos sociais pode ser confirmada pela situação de miséria em que vivem muitos brasileiros sem garantia do direito básico de dignidade enquanto cidadão. Atualmente, presencia-se uma considerável parcela da população vivendo em péssimas condições de vida, não tendo acesso à educação, saúde, trabalho, segurança, moradia e, muitas vezes, nem mesmo à alimentação.

Essa população, desprovida da lei, acaba por ficar à margem da sociedade, aflita por garantias e desacreditada do Estado, enquanto instituição responsável pela viabilização da defesa dos seus direitos.

A partir desses problemas apresentados, torna-se imperioso buscar alternativas jurídicas na tentativa de se alcançar a eficácia dos direitos sociais. Diante dos direitos assegurados na Constituição Federal atual, desponta o dever jurídico dos Poderes Públicos em materializar a ordem constitucional. A adversidade experimentada hodiernamente não é pela normatização dos direitos, mas por sua eficácia e aplicabilidade.

Serão analisadas as garantias e os remédios constitucionais constantes no ordenamento pátrio, que se manifestam como instrumentos jurídicos para a eficácia dos direitos sociais.

Ao apresentar a competência dos órgãos públicos para assegurar a eficácia dos direitos sociais, constata-se que o Estado não tem incumbido-se desta responsabilidade enquanto instituição representativa da sociedade.

A omissão demonstra o desleixo do Estado e a sua incoerência entre a preleção e a prática. Isto evidencia que as normas constitucionais servem basicamente para o discurso político-constitucional.

O presente estudo almeja decifrar as incoerências dos direitos sociais, e para isto, torna-se indispensável delinear um itinerário de estudos com base na situação histórica, da efetividade das normas sociais, das garantias e dos remédios constitucionais constantes no ordenamento jurídico, da postura dos operadores do direito, especialmente do Supremo Tribunal Federal, bem como dos órgãos públicos, das políticas existentes e da participação da população.

Busca-se inferir, com base em uma visão globalizada, a eficácia dos preceitos contidos no art. 6º da Constituição Federal e a sua imposição jurídica.

O desafio consiste em avançar e contribuir para uma reflexão em busca de alternativas para a eficácia jurídica das regras contidas no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

A pesquisa será guiada pela averiguação histórica dos direitos sociais, como fórmula de aferição de sua evolução, desde os primórdios até os dias contemporâneos, com as normas jurídicas concomitantes que os introduziram nos ordenamentos jurídicos, assim como os instrumentos para assegura-los no campo social.

Os Direitos Sociais serão analisados, restringindo ao estudo dos elencados do artigo 6.º da Constituição Federal, a seguir transcrito.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

O encargo subsequente será estudar as garantias e os remédios constitucionais disponíveis, a sua aplicabilidade e eficácia na garantia dos direitos sociais, dentre eles especialmente o Mandado de Segurança, o Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Seguir em direção às possibilidades para a garantia dos direitos sociais se faz premente, como forma de respeito e clareza do discurso para a prática, uma vez que a sociedade que valoriza a Justiça deve primordialmente reconhecer o valor humano e assegurar os direitos básicos dos homens.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS

1.1 DECLARAÇÕES UNIVERSAIS E DIREITOS SOCIAIS

As declarações de direitos viabilizaram o reconhecimento dos direitos fundamentais da humanidade, que se manifestaram em conquistas alcançadas ao longo da história pelo homem, e estão distantes de se exaurirem.

Nos primórdios da civilização humana, os recursos eram de propriedade de todos, não havia poder sobrepujante, o que se verificava era o compartilhamento de bens e interesses. O homem, por meio de inventos e descobertas, tentava livrar-se das dificuldades apresentadas pela natureza.

Com o surgimento da apropriação privada, despontam também a subordinação e a opressão, de forma que o titular da propriedade busca impor sua posse e poder sobre os desprovidos, o que deu origem à classe subordinada ao titular da propriedade, iniciando a escravidão.

O Estado surge e desenvolve-se como meio de amparo imprescindível à conservação desse sistema de dominação. O homem procurou libertar-se da prepotência dos abastados por meio de lutas, conquistando sua própria história.

No desdobrar dessa evolução, ocorreram alguns antecedentes à própria declaração de direitos, dentre eles, a lei de Valério Públicola, que proibia penas corporais contra cidadãos, em determinadas conjunturas até resultar no *Interdito de Homine Libero Exhibendo*, longínquo precedente do *habeas corpus*.

Entretanto, na Idade Média que apareceram os predecessores mais diretos das declarações de direitos. A teoria do direito natural colaborou para o surgimento dos princípios humanistas e princípios das leis fundamentais, que limitavam o poder do monarca.

Eclodem, então, os pactos, forais e as cartas de franquias, determinadas proteções dos direitos estamentais dos espanhóis, de León e Castela de 1188, neste documento o rei Afonso IX havia jurado manter a paz e a justiça, garantia alguns importantes direitos das pessoas, como o domicílio, a propriedade, a segurança, a defesa de direitos em juízo. A Magna Carta Inglesa (1215-1225) foi o mais conhecido desses documentos.

As declarações de direitos na acepção moderna, entretanto, só surgiram no século XVIII, a partir das Revoluções Americana e Francesa, que foram a gênese da formação da mais completa custódia dos direitos humanos fundamentais.

O mais importante documento é a Declaração de Direitos de 1689 (*Bill of Rights*), o qual limitava os poderes reais, propondo, dentre outras coisas, a liberdade, a vida e a propriedade privada, assegurando o poder do Parlamento na Inglaterra.

Nasce então na Inglaterra, a conhecida monarquia constitucional, subordinada à soberania popular, que teve Locke como seu principal teórico e serviu de impulso ideológico para a organização das democracias liberais da Europa e também da América nos séculos XVIII e XIX.

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776 foi a primeira declaração de direitos fundamentais que consolidou as bases dos direitos do homem, preocupou-se com um método de limitação de poderes e reconheceu os direitos naturais imprescritíveis do homem.

De maior repercussão foi a Declaração de Independência dos EUA, na qual se destacou, especialmente, a igualdade dos homens e seus direitos inalienáveis, dentre eles: o direito à vida, liberdade e à busca da felicidade. Estabeleceu, ainda, caber ao povo o direito de modificar ou suprimir a forma de governo que torne destrutiva em seus fins.

A Constituição dos Estados Unidos da América, aprovada em 1787, não possuía, a princípio, uma declaração dos direitos fundamentais do homem, contudo, posteriormente fora elaborada uma Carta de Direitos, para garantia dos direitos fundamentais do homem, inseridas por emendas à Constituição até 1975, que compõem o *Bill of Rights* do povo americano.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, perfilhada pela Assembleia Constituinte da França em 1789, teve como influência a Declaração de Virgínia. Na realidade, as fontes filosóficas e ideológicas são europeias. Rousseau, Locke e Montesquieu foram os maiores idealizadores das declarações. O conteúdo da Declaração proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade, legalidade e as garantias individuais.

As declarações dos séculos XVIII e XIX voltam-se para a garantia formal das liberdades, em que a burguesia estava politicamente oprimida. Este período é marcado pelo desenvolvimento industrial e consequente constituição da classe operária, que não possuía condições materiais para exercer estes direitos abstratos quando o Estado se abstinha.

A Constituição do México de 1917 foi a primeira a sistematizar os direitos sociais. Neste mesmo sentido, observou a Constituição de Weimar, de 1919, que influenciou no constitucionalismo após a 1ª Guerra Mundial.

As declarações de direito do século XX tiveram como alicerce o universalismo e o social, consagrando os direitos sociais. Esta universalização dos direitos, de caráter estatal, começou a ser respeitada internacionalmente. A Carta das Nações Unidas em 1945 encampou ideia do respeito aos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), nesta organização foi designada a Comissão dos Direitos do Homem, a qual competiu redigir a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Nesta Declaração foram consagrados três objetivos fundamentais, conforme a ensinamento de Dalmo de Abreu Dallari (2012, p. 178):

[...] a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições: a segurança dos direitos, impondo uma série de normas, tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados: a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas.

A evolução dos direitos sociais teve seu apogeu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, onde estão relacionados os direitos fundamentais do homem.

Para garantir as incumbências contidas na Convenção, instituíram-se dois importantes órgãos, que foi a Comissão Européia de direitos do Homem, juntamente com o Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

Importante também é a Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, perfilhada em 22 de novembro de 1969, que institucionalizou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos para proteção daqueles direitos, estes órgãos vigoram desde 18 de junho de 1978, entretanto no Brasil, apenas começou a vigorar em 1992, por meio de adesão.

A apreensão que aparece na evolução das declarações de direitos, é a de se promover a eficácia, por intermédio das garantias constitucionais, de forma que estas declarações de direitos fossem providas de força e instrumentos jurídicos de efetividade.

No decorrer do século XIX, as constituições dos países passaram a definição dos direitos e garantias no próprio texto, visando obter a concretude das normas jurídicas positivas de proteção. Esta é a lição da Prof^a Flávia Piovesan (2013, p. 45):

Os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que é o Direito do pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo.

Neste cenário, surgem os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos a fim de vincular os Estados a uma legítima proteção dos nacionais, bem como dos estrangeiros em seu território.

1.2 OS DIREITOS SOCIAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição do Império do Brasil de 1824, com primazia, positivou os direitos do homem, a fim de garantir sua concreção jurídica. Já a Constituição de 1891 possuía apenas os conhecidos direitos e garantias individuais.

A Constituição de 1934, estabeleceu um título específico para a declaração de direitos, acrescentando também os direitos de nacionalidade e os políticos, bem como reconheceu os direitos econômicos e sociais do homem, ainda que de maneira pouco eficaz. Acrescenta também a inviolabilidade aos direitos à subsistência, elevando por conseguinte esta também à categoria dos direitos fundamentais do homem. A outra grande transformação, foi realizada com o surgimento dos direitos econômicos e sociais do homem, dando nova dimensão aos direitos individuais.

A Carta Constitucional de 1946 dedicou um título para Declaração dos Direitos, o qual possuía um capítulo dedicado à Nacionalidade e outro à Cidadania e aos Direitos e Garantias Individuais. Não incluiu o direito a subsistência, no entanto, o substituiu pelo direito à vida, o que também aconteceu com a Constituição de 1967, bem como a Constituição de 1969, onde surgem os direitos econômicos e sociais mais bem estruturados.

Com a Constituição de 1988 é que se verifica uma técnica mais avançada de proteção aos direitos do homem, representando um grande progresso em nossa

sociedade. Os direitos humanos são produtos de conquistas históricas e sociais. Desta forma, compreende-se que as declarações de direitos surgiram como forma de assegurar a tutela de modo estável e constante dos direitos considerados fundamentais à condição humana.

No Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos começaram a ser ratificados com a redemocratização do País, ocorrida após 1985. Pode-se observar os ensinamentos da Prof^a Flávia Piovesan (2013, p. 54) sobre o assunto:

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir dessa ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito Brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Firmou-se, assim, no sistema jurídico pátrio, a posição de garantia de direitos no sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

2 DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Conforme apresentado no introito deste trabalho, serão analisados especificamente os direitos sociais descritos no art. 6º da Constituição Federal de 1988, como técnica de delimitação e aprofundamento do tema.

Tem-se o conceito de direitos sociais na doutrina de Alexandre de Moraes (2009, p. 195):

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 inseriu o Capítulo II, Direitos Sociais sob o título Direitos e Garantias Fundamentais afirmando, assim, a fundamentalidade dos direitos então elencados, em virtude de sua natureza e suas características.

Os direitos fundamentais integram-se num complexo coerente na Constituição, não havendo possibilidade de separá-los, além disto os direitos individuais contidos no art. 5º estão repletos de dimensão social. Vidal Serrano (2012, p. 50) contribui com seu entendimento:

O vocábulo direito serve para indicar tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado como os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela Constituição. De outro lado, o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana.

A Constituição Federal elenca no Título II, Capítulo II, os Direitos Sociais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Pela Emenda Constitucional nº 25, de 14.02.2000, incluiu-se o direito a moradia, dentre os direitos elencados no artigo, pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010 foi acrescentado o direito à alimentação e pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015 o direito ao transporte.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Princípio é o alicerce das normas jurídicas, preceitos básicos da organização constitucional. Conforme o ilustre constitucionalista José Afonso (2011, p. 96): “Os princípios são ordenação que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações, nos quais confluem valores e bens constitucionais.”

Os Princípios são desdobramentos fundamentais de proteção e distam das normas, que, de acordo com José Afonso da Silva (2011, p. 95):

[...] são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e seus artigos 1º e 3º comprovam que, ao instituir um Estado Democrático de Direito, tem por escopo garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos, tendo seu fundamento na soberania popular, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

O Estado Democrático de Direito deve ter como os objetivos assegurar nível de cultura, educação, desenvolvimento com melhoria de vida, proteção dos direitos sociais, visando a justiça social.

Como leciona José Afonso (2011, p. 132):

A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de igualização por via dos direitos sociais e da universalização de prestação sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura). A democratização destas prestações(...), constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, estabelece como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional: erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Tais objetivos fundamentais, têm por finalidade a consolidação da democracia econômica, social e cultural, e de eficácia quanto ao ditame de dignidade da pessoa humana.

O Estado ao manifestar-se, por seus Órgãos, que deve exprimir a vontade estabelecida na Constituição vigente. O poder público é composto pelas funções legislativa, executiva e a jurisdicional.

A função legislativa é desenvolvida por meio de edição de leis, normas gerais que regulam situações de modo abstrato; a função executiva consiste na realização de atos de governo, realizando a gerência da coisa pública para consecução do bem-estar social, nos termos da lei; já a função jurisdicional objetiva a aplicação do direito ao caso concreto com a finalidade de solucionar conflitos.

2.2 DIREITOS SOCIAIS

A conquista dos direitos sociais é efeito de diversos movimentos históricos na busca de direitos relativos à dignidade humana, enquanto direitos fundamentais, tem como destinatários todos os seres humanos.

Quanto à relação dos direitos econômicos e direitos sociais, José Afonso da Silva (2011, p. 289) leciona:

Os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos.

Os direitos sociais são considerados direitos subjetivos e podem ser exigidos para que se opere sua efetividade, entretanto, não são absolutos e por este motivo é necessária sua harmonização, de forma que estes direitos sociais podem ser cumulados e são irrenunciáveis.

Entretanto, é imperioso o entendimento da fundamentalidade dos direitos sociais, que são de observância obrigatória em um Estado de Direito, visam a melhorar as condições de vida do povo de maneira geral, dando especial atenção aos hipossuficientes, a fim de concretizar o princípio da igualdade social.

Os direitos sociais, arrolados na Constituição Federal, são preceitos de ordem pública, e por isso invioláveis. Deve-se afastar interpretações restritivas dos dispositivos constitucionais relativos à direitos e garantias fundamentais, ou seja, cabe entender que o princípio da aplicabilidade imediata não é exclusivo do artigo 5º da Constituição Federal.

Os direitos e as garantias fundamentais estão em todo o texto constitucional para compreensão integral em que se busca a interpretação teleológica do texto, caso a norma defina direito ou garantia fundamental, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais deve ser considerado.

Torna-se evidente a força vinculante dos direitos fundamentais, sendo questionável a discricionariedade dos Poderes Públicos para o desenvolvimento de políticas públicas e meios de efetivo amparo aos direitos sociais. Bem assim, a omissão por parte legislador não poderá ter mais efeito os dispositivos constitucionais.

Segundo o professor Alexandre de Moraes (2009, p. 196):

A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas; subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social, e conseqüentemente inviabilize seu exercício.

A Constituição Federal protegeu os direitos sociais com artigos esparsos, competindo ao intérprete o agrupamento sistemático destas normas reguladoras. O texto constitucional é expresso, ao estabelecer que as normas consagradoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF/88).

A relevância de classificar preceitos constitucionais como fundamentais, tem respaldo no regime jurídico de proteção especial outorgado pela Constituição Federal. Ao se preconizar o termo direitos fundamentais do homem, observa-se que trata-se de conjuntura jurídica cuja ausência influenciaria na realização da pessoa humana, no convívio social e até mesmo na própria sobrevivência da ser.

2.2.1 Direito à educação

O direito à educação é o primeiro direito social a ser enumerado pelo legislador constituinte no artigo 6º. O artigo 211 da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 14/1996, trata da competência para organização dos sistemas de ensino, estabelecendo que:

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

O artigo 205 garante o direito à educação, e enfatiza que, por mais que a esta seja direito de todos, é dever do Estado e da família com a colaboração da

sociedade. A finalidade da educação é o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O referido artigo, juntamente com o art. 6º da CFRB, estabelecem a educação como direito fundamental do homem, consagrado como direito universal.

No artigo 208 da Constituição Federal estão elencados os meios que devem ser assegurados pelo Estado para efetivação do direito à educação, conforme abaixo transcrito.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Pelo exposto, verifica-se que o legislador teve a intenção assegurar de forma eficaz este direito fundamental, prevendo, inclusive, a responsabilização da autoridade que não garantir o ensino obrigatório. Deste modo, todos tem o direito público subjetivo de exigir do implemento da prestação educacional pelo Estado.

Apesar da previsão constitucional no artigo 212, como forma de garantia, a aplicação de percentuais mínimos da receita resultante de impostos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na educação, além de outras formas de

custeio do sistema educacional, o acesso à educação ainda continua sendo uma grande dificuldade. O texto do art. 212 da CF estatui:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

§ 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

O direito à educação somente estará efetivamente garantido, quando existir estabelecimentos de ensino em número suficiente para que ninguém seja excluído. A concretização do direito de ensino ocorre através da educação formal, que tem o dever de integrar aos princípios basilares estabelecidos na Constituição Federal, igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; gestão democrática do ensino público, na forma da lei; garantia de padrão de qualidade (art. 206, CF/1988).

Assim, tem-se que o Estado deve proporcionar o ensino fundamental de forma adequada a todos, conforme os princípios constitucionais. Neste sentido, esclarece José Afonso da Silva (2011, p. 316):

A Constituição mesmo já considerou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo; equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente.

E acrescenta que: “As normas têm, ainda, o significado jurídico de elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos” (SILVA, 2011, p. 316).

Para o ensino fundamental a educação por intermédio da iniciativa privada é secundária e condicionada, entretanto, nos demais níveis, a educação particular desempenha função essencial, especialmente em relação ao curso superior, para qual existe programas do Estado para utilização das vagas nos estabelecimentos de ensino.

2.2.2 Direito à saúde

O direito à vida é requisito elementar da dignidade da pessoa humana, dele derivam os demais direitos fundamentais do homem, o que implica em dizer que em casos de doença, a pessoa tem direito a um tratamento adequado, qualquer que seja sua situação econômica. Desta forma, o direito à vida implica em entender que todo homem tem o direito de ter a integridade pessoal respeitada e protegida pelo Estado.

O Estado também reconhece o direito à saúde no art. 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Poder Público assegurou a liberdade de assistência à saúde à iniciativa privada, deixando ao alvedrio das pessoas a faculdade de optar por planos de saúde possam atender com mais eficácia suas necessidades, contudo os indivíduos que

necessitarem ou escolherem pelo sistema público de saúde serão atendidos nas mesmas condições. Nesse sentido é o artigo 199 da Constituição Federal:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

O direito à vida, considerado cláusula pétrea, é aplicável a todos que estejam sob a ordem jurídica brasileira. Compete ao Poder Legislativo brasileiro assegurar-lhe a devida proteção, a fim de evitar ameaça ou lesão à alguns desses bens jurídicos tutelados.

A Constituição Federal de 1988 destaca, no seu artigo 197, a importância dos serviços de saúde:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O direito está ligado ao dever, assim, o possuidor do direito pode exigir do Estado a prestação à saúde. Devem ser objeto de políticas da União a saúde, bem como a proteção contra enfermidades, que afetem o desenvolvimento biopsicossocial dos indivíduos.

O direito à saúde, de acordo com as observações de Gomes Canotilho e Vital Moreira (*apud* SILVA, 2011, p. 312), possuem duas vertentes, da mesma forma que se verifica nos direitos sociais em geral:

“uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros), que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas”.

Para concretização do direito positivo à saúde, exigem-se prestações por parte do Estado, competindo aos entes públicos o cumprimento do disposto na Constituição para efetividade do direito. Em relação ao direito negativo, a sociedade pode exigir dos órgãos públicos que se abstenham da prática de atos que possam agredir ou por em risco a saúde das pessoas. As ações e serviços públicos de saúde devem integrar uma rede constituída por um sistema único. O art. 200 da Constituição Federal estabelece as atribuições do sistema único de saúde, a saber:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O direito à vida está intimamente relacionado com o direito à saúde. Não havendo acesso efetivo, assegurado por uma política empenhada no desenvolvimento da qualidade e presteza do atendimento, as pessoas correrão sérios riscos e prejuízos à saúde, à qualidade de vida e em estes fatores são essenciais à sobrevivência com dignidade.

2.2.3 Direito ao trabalho

O trabalho é definido como direito social pela Constituição Federal, entretanto não há, no texto constitucional, norma expressa consagrando o direito efetivo ao trabalho. Pode-se compreender pelas normas constitucionais, que a ordem social tem como base o primado do trabalho, além disso, os valores sociais do trabalho foram declarados como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o que ressalta a importância do trabalho como condição da existência digna da pessoa humana.

Na Constituição Federal, em seu art. 7º, definiu alguns direitos constitucionais dos trabalhadores urbanos, rurais, avulso, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

- I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
- II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III - fundo de garantia do tempo de serviço;
- IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
- V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;
- VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
- VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;
- VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;
- XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
- XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)
- XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
 XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º)
 XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
 XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
 XIX – licença paternidade, nos termos fixados em lei;
 XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
 XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
 XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
 XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;
 XXIV - aposentadoria;
 XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
 XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
 XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;
 XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;
 XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)
 a)(Revogada). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)
 b)(Revogada). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)
 XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
 XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
 XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;
 XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
 XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.
 Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013)

Os direitos sociais do trabalho não são absolutos e foram tratados pela Constituição também com enfoque aos direitos sobre as condições de trabalho. Quanto a estes direitos, Alexandre de Moraes (2009, p. 196) assevera que “os

direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública com características de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes.”.

Foram muitos avanços conquistados da classe trabalhadora em relação aos direitos coletivos, como a liberdade de associação profissional ou sindical, direito de greve, direito de participação laboral, entre outros.

O Estado como responsável por garantir o bem comum e com a finalidade de assegurar a justiça social deverá promover as políticas e instrumentos necessários para efetivação e fiscalização do efetivo cumprimento dos direitos trabalhistas. O constituinte pretendeu asseverar o caráter protetor do Estado, com disposições amplas e ideais. Isso encerra a constante busca da Constituição pelo oferecimento de direito sem se preocupar com garantias eficazes, pois ao lado desse direito ao trabalho, que deve ser concedido, está correspondente dever ao trabalho.

À medida que cabe ao Estado oportunizar a ascensão ao mercado de trabalho, ao cidadão compete fazer uso deste trabalho para a salvaguarda de sua sobrevivência e de uma vida digna.

2.2.4 Direito ao lazer

Lazer, além de direito social, é reconhecido como direito urbanístico. A Constituição relaciona o lazer com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, devendo o salário mínimo garantir também este direito. E conforme disposto no art. 217, § 3º, é dever do Poder Público incentivar o lazer como forma de promoção social.

Cláudia Ramalho (2008) assevera ser dever das diversas instituições sociais garantir o direito ao lazer.

“As instituições, como família, escola, empresa, igreja, clube, centro cultural e outras, tem o dever de criar oportunidades de diferentes tempos e espaços educativos para que elas possam vivenciar diversificados conteúdos culturais do Lazer com autonomia. O Estado deve cumprir seu papel na regulamentação do Lazer e o dever de prover as condições mínimas necessárias para que todas as crianças e suas famílias tenham acesso aos bens culturais de Lazer disponíveis na sociedade”.

O lazer deve ser interpretado como repouso, recreação, prática de esporte, direito que requer um meio ambiente saudável e harmônico. O lazer serve tanto para recompor as forças após o trabalho, como para contribuir no desenvolvimento da criatividade. Portanto, este direito está relacionado ao direito dos trabalhadores que devem ter carga horária e salários que garantam o direito ao lazer. Além disso, é um dever da família e do Estado, em relação à criança, adolescente e jovem, conforme disposto no art. 227 da Constituição Federal.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

As disposições constitucionais a respeito do direito ao lazer são muito vagas e dependem de maior definição na legislação ordinária para sua efetivação.

2.2.5 Direito à segurança

A segurança é indispensável a todo o cidadão, ao seu desenvolvimento e da sociedade. A inclusão da segurança no rol dos direitos sociais evidencia a intenção do legislador de incumbir o poder público de fornecer condições de segurança para que população exerça suas atividades e tenha o convívio social resguardado.

A segurança visa assegurar condições de vida digna, estendendo-se a todos os setores da sociedade, abrangendo a segurança nacional, contra o eventual ataque de países ou organizações estrangeiras, a segurança pública interna, a

segurança do trabalho, a segurança no trânsito, segurança das edificações e, ainda, a segurança jurídica.

O art. 144 da Carta Constitucional ressalta o dever do Estado com a segurança pública:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º - As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º - A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º - Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39.

Objetiva-se assim salvaguardar a segurança interna do país e a segurança íntima de cada um, a fim de proteger o cidadão em todas as situações, na sua residência, no trânsito, nas ruas, no trabalho, no meio jurídico.

O inciso XXII do art. 7º da CRFB prevê como direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Já no art. 23, XII, da CF, temos como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o dever de estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

A segurança, entretanto, é influenciada por fatores externos, pessoais e impessoais, que colocam em risco a todo o tempo a paz social.

2.2.6 Direito à previdência social e assistência social

A Constituição definiu a seguridade social no art. 194 como “um conjunto integrado de ações de iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”. “Previdência social é um conjunto de direitos relativos à seguridade social.” (SILVA, 1998, p. 313).

A previdência tem como fundamento o princípio do seguro social, desta forma os benefícios e serviços são destinados a garantir a cobertura de eventuais doenças, invalidez, morte, velhice, pressupondo uma contribuição.

A Constituição definiu direitos de previdência social nos artigos 201 e 202. O regime da previdência social abrange benefícios e serviços. Os benefícios são prestações pecuniárias, como aposentadoria por invalidez, por velhice, por tempo de serviço, nos auxílios por doença, maternidade, reclusão e funeral, no salário desemprego, na pensão por morte do segurado. Já os serviços são prestações

assistenciais, a exemplo da prestação médica, farmacêutica, hospitalar, odontológica, social e de reeducação ou readaptação social.

A seguridade social foi criada para preencher as lacunas da previdência social, pois esta última é uma espécie de seguro social, devendo seu destinatário ser o segurado ou seus dependentes, nos termos da lei.

Conforme disposto no art. 203, da Constituição Federal “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”.

A Lei 8.080/1990 regula as ações e serviços de saúde e reafirma o dever do Estado em promover as condições indispensáveis para a promoção, proteção e recuperação da saúde, como direito fundamental do ser humano.

O direito à assistência tem por característica a universalidade, conforme dispõe o art. 203 da CF/1988: “O direito à assistência social será prestado a quem dela necessitar, independente de contribuição”. Os recursos para a assistência social são provenientes do orçamento geral da seguridade social, a princípio, impessoalizáveis e são direcionados àqueles que não dispõem de meios de sobrevivência.

A Lei 8.742/1993 - Lei Orgânica da Assistência Social dispõe que a assistência social é direito do cidadão e dever do Estado. A Política de Seguridade Social caracteriza-se por ser não contributiva e o serviço prestado pela iniciativa pública e pela sociedade para assegurar as necessidades básicas do cidadão.

A Lei 8.742/93, por meio de seu artigo 2º, estabelece os objetivos da assistência social:

Art. 2º A assistência social tem por objetivos: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)
I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:

a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes; c) a promoção da integração ao mercado de trabalho; d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos;

III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais.

Parágrafo único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais.

Estabelece, no seu parágrafo único, como finalidade o enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, que devem ser feito de forma integrada de políticas setoriais.

A assistência social tem como princípios a universalização dos direitos sociais, o respeito à dignidade do cidadão e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, entre outros (art. 4º da Lei 8742/93).

2.2.7 Direito a proteção à maternidade e à infância

Este direito, além de arrolado como direito social no art. 6º da CFRB, consta também do capítulo da Ordem Social, onde há previsão ao tratar do direito de previdência social no art. 201, III, CFRB “proteção à maternidade, especialmente à gestante”, e do direito a assistência social no seu art. 203, I, CFRB, “proteção à família, a maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”.

Ao prever o direito à maternidade, o legislador visou a proteger a concepção do filho, bem como a qualidade e as condições de ser mãe, desde a fase pré-natal até fase posterior ao nascimento. Essa proteção se inclui nos planos de previdência social que, por meio de contribuição, atenderá a maternidade, especialmente à gestante (art. 201, III CFRB/88), incluir-se também entre a assistência social, que

será prestada a quem dela necessitar, independe de contribuição à seguridade social (art. 203, I CFRB/88).

A proteção à infância compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal, que devem legislar concorrentemente. O art. 203, I da Constituição garante “proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, ainda no inciso II: “amparo às crianças e adolescentes carentes”. Alguns direitos sociais positivados, no art. 227 da Constituição Federal, foram propostos somente em relação à criança e ao adolescente, devendo-se esta prioridade ser respeitada.

2.2.8 Direito à assistência aos desamparados

A assistência aos desamparados vincula-se ao direito à assistência social. O desamparado, pode ser compreendido como a pessoa que não percebe, com periodicidade ou continuidade, quantia, em dinheiro ou em espécie, para sua manutenção, nem do Estado, tampouco de qualquer outra pessoa.

Deve-se ter em mente que o desamparado carece de proteção, e o Estado é incumbido de garantir esta assistência, uma vez que a Constituição Federal previu a proteção desta pessoa. A assistência ao desamparado pressupõe a salvaguarda a todos do direito à vida, à subsistência e à sobrevivência digna da pessoa.

2.2.9 Direito à moradia

O direito à moradia foi inserido por meio da Emenda Constitucional n.º 26 de 14 de fevereiro 2000, que alterou o artigo 6º da Constituição Federal. Esta inclusão evidencia a preocupação do legislador em prever direito, mas não o de criar instrumentos viabilizadores deste direito.

A inclusão deste direito na Constituição está longe de se concretizar na prática. Mas há de se reconhecer que já foi um avanço, especialmente com as

políticas sociais de assentamento e subsídio para aquisição de residência para as pessoas de baixa renda.

2.2.10 Direito à alimentação

A alimentação foi inserida entre os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal a partir de fevereiro de 2010, por meio da Emenda Constitucional 64/2010. Esta inclusão foi resultado da luta da sociedade civil, organizações e movimentos sociais e cidadãos.

Apesar da inclusão do direito, isso não é o suficiente para garantir a todos uma alimentação adequada e saudável. O direito à alimentação apropriada é ter o acesso tanto físico quanto econômico, sem interrupções, à alimentação adequada ou às formas para adquirir o alimento, sem prejudicar o orçamento familiar destinado a obtenção de outros direitos sociais básicos, como saúde e educação. Esse direito visa acabar com a fome e a desnutrição, bem como garantir à população uma alimentação saudável.

O direito à alimentação está previsto nos artigos 6 e 227 da Constituição Federal, definido pela Lei 11.346/2006 – Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional, assim como no art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Desta forma, é um preceito jurídico de aplicabilidade imediata, progressiva e contínua.

A alimentação como obrigação do Estado, implica na proteção e realização deste direito, assim em hipótese alguma, pode o Estado tomar qualquer medida que possam bloquear o acesso à alimentação adequada, devendo, o Estado, tomar medidas para evitar que terceiros retirem das pessoas seu direito à alimentação. Este dever expressa-se na dimensão da obrigação do Estado providenciar a alimentação aos que não conseguem prover de forma independente sua alimentação por situação de pobreza ou por terem sofrido catástrofes e

calamidades. Outra dimensão desta obrigação é a de empenhar-se em organizar políticas públicas a fim de garantir a alimentação adequada de toda população.

2.2.11 Direito ao Transporte

Inserido pela Emenda Constitucional n.º 90 de 15 de setembro 2015, o direito ao transporte acrescentou ao artigo 6º da Constituição Federal de 1988 a disciplina de se assegurar por meio de políticas públicas a liberdade de ir e vir dos indivíduos de forma digna e segura.

Ainda é muito cedo para delimitar a dimensão concreta desse novo direito social, entretanto, ele surge após várias manifestações populares pelo país por um transporte em condições dignas e de forma acessível (financeiramente), que acabaram por culminar a aceleração desse processo de reconhecimento constitucional.

Ademais, assim como ocorre com a saúde e a educação, a inserção do transporte no artigo 6º, passa a figurar como direito social que poderá ter recursos vinculados ao orçamento público pátrio. Desta forma, assegurando percentual específico em lei para esta área que tanto carece de investimentos no nosso país.

3 GARANTIAS E REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

3.1 FUNÇÃO DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS

O objeto do direito social consiste na prestação de um serviço, ou na sua impossibilidade, de uma contrapartida que o garanta. A Constituição Federal declara que o Estado é responsável por atender aos direitos sociais. Assim, cabe à pessoa que necessite de proteção a seus direitos exigir a prestação concreta por parte do Estado.

Compete ao Estado assegurar esses direitos, através da implementação dos serviços públicos. A prestação de serviços para garantia dos direitos sociais cria ônus para o Estado e de forma indireta para os contribuintes.

Em algumas situações, o dever de se cumprir os direitos sociais é dividida com a sociedade, a família ou com o empregador, cabendo nestes casos ao Estado a fiscalização e instrumentos para torná-los efetivos.

Os direitos sociais gozam de coercibilidade, pois uma vez reconhecidos, incumbe ao Estado restabelecê-los coercitivamente caso violados, mesmo que o transgressor seja agente ou órgão do Estado.

O Poder Executivo é o responsável pela satisfação dos direitos sociais, caso o administrador público não cumpra seu dever, faz-se necessário uma proteção contra o administrador.

A Constituição Federal de 1988 normatizou respostas ao desrespeito aos direitos sociais, dentre elas estão a ação de inconstitucionalidade por omissão, art. 103, § 2º, o mandado de injunção e o mandado de segurança.

O método de proteção judicial objetiva proteger os direitos fundamentais corrigindo o desrespeito perpetrado pelo administrador. Os pressupostos de responsabilização do Estado são a existência do dano e a imputação deste a atuação omissiva ou comissiva do agente público.

3.2 GARANTIAS E REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

Os direitos caracterizam-se por serem declaratórios ou enunciativos e as garantias, por sua vez, possuem caráter instrumental, isto significa que são mecanismos para obtenção ou restauração dos direitos violados. No dizer do mestre José Afonso da Silva (2011, p. 442) os remédios constitucionais, constituem em:

[...] meios postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação; são ações constitucionais [...] São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de remédios, e remédios constitucionais, porque consignados na Constituição.

O mandado de segurança e o mandado de injunção, como os remédios constitucionais e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são os mais utilizados para assegurar a eficácia na garantia dos direitos sociais e serão tratados mais especificamente.

3.2.1 Mandado de Segurança

O mandado de segurança é o meio constitucional à disposição de todos para salvaguarda de direito individual ou coletivo, líquido e certo, que não seja amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O mandado de segurança é regulamentado pela Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009, a fim de resguardar ao máximo os direitos do cidadão prevê, em seu art. 4º possibilidade, em caso de urgência, de se impetrar mandado de segurança por telegrama, radiograma, fax ou outro meio eletrônico de autenticidade comprovada, desde que observados os requisitos legais.

Quanto ao cabimento do mandado de segurança, Alexandre de Moraes (2009, 152) leciona que:

Desta forma, importante ressaltar que o mandado de segurança caberá contra os atos discricionários e os atos vinculados, pois nos primeiros, apesar de não se poder examinar o mérito, deve-se verificar se ocorreram os pressupostos autorizadores de sua edição e, nos últimos, as hipóteses vinculadoras da expedição do ato.

O mandado de segurança poderá ser repressivo, quando a ilegalidade já houver sido cometida, ou preventivo, quando o impetrante tiver justo receio de sofrer uma violação de direito líquido e certo por parte da autoridade impetrada. Mesmo no último caso, haverá necessidade da comprovação de um ato ou uma omissão concreta que esteja pondo ou possa por em risco o direito do impetrante.

O mandado de segurança pode ser utilizado para a execução forçada do ato omitido pelo Poder Público, por intermédio da autoridade coatora, almeja-se o mandado, a ordem. O ato impugnado pode ser comissivo ou omissivo.

Deve-se compreender ato de autoridade não apenas aqueles que se originam na entidade pública em si, mas também os perpetrados por administradores de entidades paraestatais, inclusive os que exercem funções delegadas. Nos termos do art. 1º, §1º, da lei de regência são equiparados a autoridades os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

A evolução do instituto ampliou a sua atuação, abrangendo ilegalidade ou abuso de poder, inclusive em sede de atos discricionários. Sobeja entender o direito subjetivo como faculdade do titular do direito de exigir o cumprimento do dever de quem esteja obrigado.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (RTJ 83/130), "direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, ou seja, é aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca". O direito deve ser existir efetivamente, uma vez que o mandado de segurança não tutela mera expectativa de direito.

A maioria das normas programáticas inseridas no artigo 6º da Constituição define direitos líquidos e certos e pode ser atacada, em caso de violação, por Mandado de Segurança, tanto em caso de ação como de omissão da autoridade pública.

3.2.1.1 Mandado de Segurança Coletivo

Após a Constituição Federal de 1988 passou a ser previsto o mandado de segurança coletivo, conceituado da seguinte forma por Alexandre de Moraes (2009, p. 163):

O art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal criou o mandado de segurança coletivo, tratando-se de grande novidade no âmbito de proteção aos direitos e garantias fundamentais, e que poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por certas entidades para salvaguarda de interesses comuns dos seus associados. Pode ser utilizado por partido político com representação no Congresso, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

O objeto deve consistir na defesa de um direito coletivo, compreendendo-se direito coletivo como aquele que atinge todo um agrupamento de pessoas, unidas por situação fática semelhante, ligadas por traço jurídico que permita agrupá-las.

3.2.2 Mandado de Injunção

Conforme art.5º, inciso LXXI, da Constituição Federal conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdade constitucional e das prerrogativas inerentes à soberania, nacionalidade, à cidadania.

Se não houver integração do direito assegurado pela Constituição por norma infraconstitucional, pode ocorrer desta falta impedir a efetivação do direito, tornando-o inócuo. O Mandado de Injunção pode ser também utilizado como um remédio coletivo, uma vez que a Constituição, em seu art. 8º, prevê a possibilidade de ser impetrado por sindicato.

O Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade pela autoaplicabilidade do mandado de injunção, independentemente de regulamentação por lei, em virtude do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

A autora Flávia Piovesan (2010, p. 35), analisando o instituto esclarece:

Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, § 1º. Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental.

Em relação à proteção do direito tutelado, o impetrante deve demonstrar que a Constituição outorgou-lhe o direito subjetivo abstratamente e seu exercício vem sendo obstado pela omissão, em razão da falta de norma regulamentadora.

O mandado de injunção tem a finalidade de suprir uma omissão do Poder Público, consiste numa ação constitucional para viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou prerrogativa prevista na Lei Maior.

O mandado de injunção foi previsto para possibilitar concretamente o exercício de direitos e liberdades constitucionais, deve ser compreendido como direito público, ensejando uma ação positiva. Pelo art. 103, § 2º e art. 5º LXXI da Constituição, atualmente há falha do legislador em produzir normas integrativas. Atualmente, a fim de tornar efetiva norma constitucional, merece o controle do judiciário e não pode ficar a mercê da obrigação simplesmente política.

Após concedido, o mandado de injunção consiste em norma regulamentadora, que não serve somente à aplicação da norma, mas à criação de ato administrativo e ato material. A parte legítima para figurar no polo passivo é o ente que suportará o ônus da concessão, como assevera Flávia Piovesan (2010, p.127): “A legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante.”

A competência é auferida em razão do órgão ou autoridade, responsável de elaboração da norma regulamentadora.

Para Flávia Piovesan (2010, p. 130), compete ao poder Judiciário quando da concessão do mandado de injunção:

a) elaborar a norma regulamentadora faltante, suprimindo, deste modo, a omissão do legislador; b) declarar inconstitucional a omissão e dar ciência ao órgão competente para a adoção das providências necessárias à realização da norma constitucional e c) tornar viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por faltar norma regulamentadora.

Para Celso Bastos (2010, p. 221), no mandado de injunção:

A solução para o problema há de se obter conferindo ao magistrado a possibilidade de em cada caso escolher um tipo de solução que melhor possa atender aos legítimos interesses dos impetrantes, sem a necessidade de transmutar-se o julgador em legislador. A solução há de ser, como vimos, adaptada ao caso concreto, sempre muito variável porque também variável é o tipo de integração que se requer. Não se nega que, em muitas hipóteses, ao magistrado seja dado prover a situação com diretrizes suficientes para conferir operacionalidade ao direito do impetrante.

Este pensamento acarreta na ideia de discricionariedade dos Tribunais no julgamento do Mandado de Injunção. O ideal é que ante o princípio da aplicabilidade imediata nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, não se deve submeter estes direitos à discricionariedade do Poder Judiciário, uma vez que isto provocaria a redução da força vinculante dos direitos fundamentais e a ofensa ao princípio constitucional.

O Ministro Carlos Velloso conferiu ao mandado de injunção o caráter substancial:

[...] no mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal, em concreto, que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência da norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável. (Voto no MI n.º 284 – DF RTJ 139/717 p. 132, proferido por Carlos Mário da Silva Velloso).

A Constituição Federal almeja, por meio da decisão judicial, atribuir, ao titular, o direito reclamado no caso concreto perante o Poder Judiciário. Desta forma, o magistrado deve proferir decisão de caráter constitutivo, assim, a sentença que reconhecer a omissão inconstitucional já pode normatizar a matéria até o suprimento da omissão pelos responsáveis, dando-lhe, deste modo, um caráter concretista.

Para se vislumbrar a força normativa da Constituição Federal, deve haver a vontade tornar a norma concreta e isso deverá acontecer por intermédio dos

magistrados, a fim de garantir a eficácia da lei, considerando os ditames da Constituição e não apenas o alvedrio do poder público, que tem se quedado inerte.

José Afonso da Silva (2011, p. 409) esclarece a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais:

[...] em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

O mandado de injunção é um importante remédio constitucional para atacar a omissão legislativa. Segundo Pedro Lenza (2012, p. 1054) a doutrina identifica quatro importantes posições no julgamento do mandado de injunção:

[...] posição concretista geral: através de normatividade geral, o STF legisla no caso concreto, produzindo a decisão efeitos erga omnes até que sobrevenha norma integrativa pelo Legislativo;
posição concretista individual direta: a decisão, implementando o direito, valerá somente para o autor do mandado de injunção, diretamente;
posição concretista individual intermediária: julgando procedente o mandado de injunção, o Judiciário fixa ao Legislativo prazo para elaborar a norma regulamentadora. Findo o prazo e permanecendo a inércia do Legislativo, o autor passa a ter assegurado o seu direito;
posição não concretista: a decisão apenas decreta a mora do poder omissor, reconhecendo-se formalmente a sua inércia.

Após o advento da Constituição o Supremo Tribunal Federal passou a adotar posição não concretista no julgamento do mandado de injunção, entretanto, esse entendimento, hodiernamente, está totalmente superado.

A Ministra Cármen Lúcia, na apreciação de diversos Mandados de Injunção, (MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF), definiu que "o mandado de injunção é ação constitucional de natureza mandamental, destinada a integrar a regra constitucional ressentida, em sua eficácia, pela ausência de norma que lhe assegure o vigor pleno".

Conclui-se, desta forma, que o mandado de injunção tem natureza mandamental, o que prestigia adequadamente o instituto inserido em nosso ordenamento pelo Constituinte ordinário. A Constituição, ao adotar o Mandado de

Injunção, concedeu ao poder Judiciário um encargo que não ofende o princípio da tripartição dos poderes, pois, pelo sistema dos freios e contrapesos, torna-se necessário o controle da atividade legislativa.

3.2.3 A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A Lei n. 12.063/2009 incluiu o Capítulo II-A na Lei 9.868/1999 a fim de estabelecer a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, antes desta lei a matéria era encontrada de forma sintética na própria Constituição, e extraída da praxe no Supremo Tribunal Federal.

Enquanto o legislador tem a atribuição de fazer as normas concretizadora dos direitos e garantias fundamentais, compete ao Poder Judiciário viabilizar a aplicabilidade imediata destes preceitos, no caso de inexistência de lei concretizadora, e por fim ao administrador cabe a materialização destes direitos, ao exercer sua atribuição planificadora, de prestar serviços sociais, por meio da realização de políticas, visando a efetividade dos direitos fundamentais.

Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 1224):

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.

A Constituição Federal, na maior parte dos direitos sociais arrolados no art. 6º, sujeita à legislação posterior para sua aplicação, e caso a normatização não exista será necessário os instrumentos constitucionais, que neste caso são a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o Mandado de Injunção.

Assim, a falha do legislador implica em inconstitucionalidade, quando redundar no descumprimento do ofício de legislar, pois compete ao legislador dar eficácia à Constituição.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão não será proposta para a prática do ato administrativo no caso concreto, e sim visando a expedição da norma para o implemento do preceito constitucional, que, sem ela, não pode ser aplicado.

Vislumbra-se por meio da ação de inconstitucionalidade por omissão, possibilitar o processo de transformação das normas constitucionais de eficácia limitada em normas de eficácia plena.

4 EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 MOTIVOS DA INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Compreender as incoerências e inefetividade dos direitos sociais, implica em percorrer uma trilha de análises a partir da apreciação da realidade dos remédios e das garantias constitucionais constantes em nosso ordenamento jurídico, das políticas públicas implementadas, bem como acesso da população a estes instrumentos e, sobretudo, do interesse político.

Admitir a imperfeição na aplicação e efetividade dos direitos sociais, significa visualizar que as problemáticas estão interligadas. A política econômica, de infraestrutura básica, de saneamento, de garantia ao trabalho e educacional, devem funcionar de maneira dinâmica, visto que para gozar de boa saúde, é necessário ter moradia, trabalho, e para ter acesso aos serviços e ao judiciário, é necessária ao menos a instrução básica, dentre os outros direitos.

Verifica-se que o direito à saúde está longe de se concretizar eficazmente na prática, pois o acesso da população ao atendimento médico, aos exames hospitalares, às cirurgias, às medicações, aos leitos hospitalares, estão longe da necessidade e das demandas apresentadas. Tem-se que a infraestrutura na saúde é muito deficiente, considerando que a população brasileira está carente, doente, desnutrida. Mesmo nos centros mais equipados, existe lista enorme de demanda reprimida.

A população, sem alcançar meios para suprir às suas necessidades básicas essenciais, fica sem condições de sobreviver e desprotegida marginaliza-se, destituída da sua dignidade como ser humano, sem condições de ser cidadão e de ter acesso ao Poder Público.

O Estado não disponibiliza adequadamente os serviços de prevenção, educação e assistência, finda por ter que utilizar mais recursos a fim de atender às consequências e não às causas. A gestão adequada dos recursos públicos é questão que merece maiores estudos a fim de encontrar os projetos ideais para concretização dos direitos sociais.

Os efeitos desta conjuntura são de famílias desestruturadas, menores abandonados, mendigos, violência, e prática de crimes em desfavor desta situação que oprime e marginaliza. Verifica-se parte considerável da população sem preparo para o exercício de um ofício, doentes, com péssimos salários e desempregados, que aumentam a busca pela seguridade, previdência e assistência social.

Pode-se citar exemplo do descaso do administrador em assegurar efetivamente o direito à educação, que dentre eles está inserto o direito à creche a crianças de 0 a 5 anos. Em muitas cidades este direito não se efetiva e, via de regra, não há responsabilização do poder executivo. Constatase que não é a regra jurídica constitucional que vai salvaguardar mais vagas nas escolas e creches e educação de qualidade.

O Estado direcionado ao bem-estar social, na designação feita por Norberto Bobbio (1992, p. 68), implicou num “processo de multiplicação de direitos”, que assegurou a ampliação da titularidade de alguns direitos, além do acréscimo de bens dignos de proteção.

A Constituição de 1988 foi progressista ao arrolar os direitos sociais, elevando-os à condição de cláusulas pétreas. Se por um lado, a não regulamentação dos direitos sociais dá ensejo à ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I, a, e 103, § 2º, CF/88), por outro lado, o seu não atendimento no caso concreto, por ausência de normatização será passível de mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF/88).

Observa-se que a Constituição Federal relaciona diversos direitos ao trabalhador, introduzidos no direito do trabalho, contudo o acesso, ou melhor, a

garantia a todos de trabalho não é tratada pelo legislador. Mesmo porque, tendo a Constituição ampliado demais a sua função na salvaguarda do trabalho, e como Estado “neoliberal”, não acha meios de garanti-lo.

Para entender a ascensão ao trabalho, é imprescindível a avaliação as políticas sociais existentes, analisando de que forma o trabalhador está capacitado e preparado ao exercício de sua profissão, a orientação profissional disponível, a educação, bem como a própria condição de subsistência e dignidade. O que se vê é considerável parcela da população sem emprego, excluída do mercado de trabalho, sendo que boa parte destes não está preparada profissionalmente para inserir-se no mercado de produção.

Uma vez que o direito ao trabalho é direito fundamental, princípio da dignidade humana, oportunizar ao ser humano o acesso a uma vaga de trabalho teria que ser um dos objetivos do Estado democrático, pois não se assegura a dignidade da pessoa humana, sem a proteção ao mais básico dos direitos. Salvaguardar os que se estão excluídos é tão importante quanto os que estão inseridos.

Entende-se, com a previsão do direito ao trabalho, que todo o indivíduo tem o direito de assegurar os recursos indispensáveis a sua sobrevivência. Na realidade, não se visualiza a hipótese da pessoa ir a Juízo exigir emprego constante. O cidadão carece de instrumentos para assegurar seu direito de exigir em juízo as prestações do Estado.

Cesarino Júnior (*apud* CRETELLA JÚNIOR, 1994-1997), ao descrever o direito ao trabalho, ressalta:

Entendida, como hoje é a função do Estado, não somente como a de guardião do direito, mas também como a de promotor do bem comum, do bem-estar social, é lógico que lhe incumbe não somente o dever de garantir a liberdade de trabalho, como também o de proporcionar esse trabalho a todo homem válido, e ainda o de suprir a sua falta, seja por motivos objetivos, seja por motivos subjetivos.

A Constituição não resolve todas as questões, uma vez que prevê a necessidade de legislação ulterior para a aplicação de algumas normas que definem os direitos sociais. Torna-se essencial um mecanismo de defesa contra o próprio administrador.

A Constituição Federal de 1988 não logrou êxito em atender com eficácia às necessidades fundamentais. Resta saber se as garantias previstas não foram eficientes para eficácia dos direitos, o que pode se dever ao fato das normas serem demasiadamente gerais e abstratas, dependendo sempre do legislativo, que, por sua vez, tem sido omissivo. Possivelmente, a população esteja tão desacreditada da garantia de seus direitos que não recorra ao Poder Judiciário para garanti-los.

O maior problema dos direitos sociais é falta de interesse político em relação à exequibilidade dos direitos, onde a mera previsão dos mesmos na Constituição torna-se estática. Obter o respeito e a efetivação dos direitos sociais, por meio dos órgãos jurisdicionais que ofereçam respostas às demandas apresentadas, constitui-se numa maneira de se assegurar o exercício da cidadania.

Eficácia pode ser conceituada como “qualidade da norma que se refere à sua adequação em vista da produção concreta de efeitos, diz respeito às condições fáticas e técnicas de atuação da norma jurídica, ao seu sucesso, ou seja, à possibilidade da consecução dos objetivos.” (FERRAZ, *apud* PIOVESAN, 2003, p. 52)

Entretanto, a expressão eficácia jurídica significa que a norma é hábil para produção de efeitos diante do caso concreto. Flávia Piovesan (2003, p. 51) esclarece: “eficácia jurídica corresponde às condições técnicas de atuação da norma, ou seja, apresenta eficácia jurídica a norma que tiver condições de aplicabilidade (...), Eficácia jurídica significa assim, a possibilidade de aplicação da norma.”

As normas que não são autoexecutáveis exigem providências legislativas ulteriores para sua aplicabilidade. Assim explicava Rui Barbosa (*apud* BONAVIDES, 2012, p. 216):

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício, os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura segundo seu critério, os habilite a exercer. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos.

As garantias constitucionais devem possibilitar o cumprimento das normas, pois a garantia da dignidade da pessoa humana é de interesse do próprio Estado Democrático, devendo os direitos fundamentais serem priorizados em qualquer nação. Neste cenário, infere-se que o problema crucial relativo aos direitos sociais, ocorre em razão da falta de interesse político quanto à efetividade dos direitos.

Norberto Bobbio (1992, p. 09) explicita a situação: “A maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de Segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel”.

Por mais que os direitos sociais sejam insistentemente proclamados internacionalmente nos congressos, grande parte da humanidade não os possui de fato, pois não gozam de efetiva salvaguarda pelos Estados.

As estatísticas demonstram a existência de um número acentuado de pessoas vivendo na pobreza, resultado da negação da justiça social ou da igualdade. Muitos serviços estatais mantidos são estritamente dirigidos aos pobres, especialmente os de situação extrema, com elevado grau de seletividade, constituindo programas lenitivos às carências extremas e não políticas direcionadas à justiça ou igualdade social.

Os programas, apesar de existentes, são residuais, e são tão direcionados à população carente que ao invés do atender direitos pretendidos, configuram verdadeiras esmolas, sem qualquer correspondência com o cumprimento do dever do Estado de garantir os direitos sociais da cidadania.

Na realidade, a pobreza no Brasil configura-se problema estrutural, o que dificulta a aplicação dos direitos sociais da forma preceituada na Constituição. Desta forma, cumpre encontrar a forma mais segura para assegurá-los, a fim de evitar que, mesmo perante as declarações constitucionais, eles continuem a ser violados. Tal fato também decorre da ausência de conhecimento da população acerca dos seus direitos, bem assim dos instrumentos existentes e hábeis para defender e obter a sua cidadania.

Não há como evitar os diversos graus de eficácia das normas constitucionais, pois a Constituição não pretende esgotar todas as previsões legislativas e administrativas do País e, sim estabelecer preceitos que devem ser observados. Desta forma, o cerne do problema é estabelecer quais as condições materiais adequadas para trasmutar em realidade o programa de direitos sociais básicos.

A respeito dos direitos sociais Paulo Bonavides (2012, p. 347) ensina que: “Os direitos fundamentais não mudaram, mas se enriqueceram de uma dimensão nova e adicional com a introdução dos direitos sociais”. Bonavides (2012, p. 350) ainda acrescenta:

O Estado Social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação à prestação do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.

Os direitos sociais, devidamente aplicados, podem oportunizar a igualdade social, especialmente no que se refere ao desenvolvimento pessoal e busca por oportunidades, e como leciona Paulo Bonavides (2012, p. 350):

Os direitos existem de sobra com tamanha abundância na esfera programática que formalmente o texto constitucional resolveu com o voto do constituinte todos os problemas básicos de educação, saúde, trabalho, previdência, lazer.

4.2 A EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Segundo Carlos Augusto Alcântara Machado (1999, p. 75): “Eficácia no sentido técnico-jurídico significa a possibilidade de estar a norma apta para ser aplicada, por reunir todos os elementos e meios necessários a sua operatividade.”

A inconstitucionalidade que gera mais dano é a inconstitucionalidade material, que é muito comum nas nações em desenvolvimento, por estarem suscetíveis aos fatores políticos, econômicos e financeiros. A omissão inconstitucional inviabiliza a própria Constituição e os direitos nela previstos. Norberto Bobbio (1992, p. 78) questiona o gênero de direitos que tais normas definem:

[...] um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de ‘direito’?

O direito implica no seu amparo no contexto das leis para que se efetive. “Há uma enorme defasagem entre a amplitude do debate teórico sobre os direitos dos homens e os limites dentro dos quais se processa a efetiva proteção dos mesmos nos Estados particulares e no sistema internacional.” (BOBBIO, 1992, p. 83)

O exercício dos direitos depende de meios, muitos direitos sociais são instituídos sem a verificação as reais possibilidades do Estado. Por outro lado, as prestações sociais em demasia, que ocorre em alguns Estados, gera desestímulo ao trabalho e ao desenvolvimento individual, o que acarreta dependência para com o Estado.

É preciso procurar a verdadeira força da Constituição, para se garantir um futuro em que se possa acreditar na Constituição. Desta forma, o Poder Judiciário poderá fiscalizar o poder político e garantir o exercício da cidadania pelo povo.

Acredita-se que, ao introduzir um direito, um princípio ou uma garantia na Constituição, todos mecanismos do governo tornarão as normas eficazes. Segundo Paulo Bonavides (2012, p. 357):

[...] chega-se assim à inconstitucionalidade toda vez que no ordenamento formalmente constitucional, ou que se pretende seja formalizado em bases constitucionais, se perde por inteiro o senso de proporção entre os fins programáticos, cujo exagero faz a sua concretização extremamente penosa, se não impossível, e os elementos de eficácia e juridicidade das regras constitucionais propriamente ditas. O desequilíbrio então promovido determina a inexecutabilidade da Constituição.

Essas incoerências rompem a unidade da Constituição e levam à crise de inconstitucionalidade, fazendo perecer de funcionalidade e juridicidade, os próprios princípios constitucionais.

4.3 EFETIVIDADE DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

A eficácia jurídica significa o reconhecimento da produção efetiva dos efeitos jurídicos almejados pela norma constitucional. Muitas normas da Constituição necessitam ser regulamentadas, integradas para sua aplicabilidade plena. Eficácia, segundo José Afonso da Silva (2012, p. 47) é “a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas”, ou seja, a capacidade de produzir efeitos jurídicos.

Quando o art. 196 da Constituição Federal declara que “a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”, para José Afonso (SILVA, 2012, p. 83), não está impondo-se uma obrigação jurídica, mas traduzindo um princípio, o que têm uma eficácia reduzida, que dependem de uma política para atingir seus fins.

As normas programáticas caracterizam-se por “indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação.” (SILVA, 2012, p. 123). Sendo que em algumas a discricionariedade do legislativo é maior que em outras. As normas programáticas abrangem um conteúdo social, uma prestação por parte do Estado a fim de realizar o bem comum.

Canotilho e Vital Moreira (*apud* MACHADO, 1999, p. 125) elucidam no real significado das normas constitucionais:

A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo da actividade do Estado): é também um conjunto de normas positivas que exigem do Estado e de seus órgãos uma actividade do Estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas ou outras) ou pela sua insuficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infração da Constituição: inconstitucionalidade por omissão.

As normas são orientadas pelos princípios, Canotilho (*apud* SILVA, 2012, p. 152) leciona que “os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos.”

O professor José Afonso da Silva (2011) classificou as normas constitucionais, quanto à eficácia, em três categorias: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida e; normas constitucionais de eficácia limitada. As primeiras estão aptas a produzir efeitos a partir da edição da Constituição, pois regulam diretamente a matéria de que dispõem, e sua aplicabilidade é imediata, direta e integral. As normas de eficácia contida, possuem, da mesma forma, incidência imediata, contudo em alguns casos, pelos seus conceitos, sua eficácia é paralisada pelo estabelecimento de certos limites. As normas de eficácia limitada, por sua vez, não são dotadas de poder normativo para sua imediata aplicabilidade, abrangem as definidoras de princípios institutivos ou organizativos, bem como as definidoras de princípios programáticos e dependem de lei posterior que as regulamentem.

As normas de eficácia contida são definidas por José Afonso da Silva (2012, p. 58):

[...] aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos

termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

De acordo com a doutrina de José Afonso da Silva (2012, p. 68), pode-se dizer que a omissão legislativa inconstitucional encontra-se relacionada com normas constitucionais de eficácia limitada.

Para o citado autor (2003, p. 132), normas constitucionais programáticas são definidas como:

[...] aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta ou imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

José Afonso (2012, p. 138) utiliza a classificação de Crisafulli, ao diferenciar as normas programáticas de simples escopo, com a liberdade dos órgãos do Estado em adotar os meios para alcançar o fim proposto. Para o autor, as normas programáticas “ao prescreverem o fim a atingir, indicam, outrossim, ao menos em linhas gerais, os meios aptos a isso, limitando, pois, o âmbito da discricionariedade legislativa.”

José Afonso da Silva, com maestria ressalta caráter imperativo e vinculativo das normas programáticas, além de seu relevante papel na ordem jurídica e política do País (2012, p. 139). Para o autor (2012, p. 140):

O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática.

O próprio José Afonso (2012, p. 141) leciona: “os direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas.”

Para Paulo Pimenta (1999, p. 137) a sua função eficaz é de programa, e tem as seguintes características:

- 1) Disciplinam interesses sócioeconômicos em conflito;
- 2) São normas acolhidas como programas a serem realizados pelo Estado, eis que, representando um compromisso entre grupos sociais antagônicos, não tiveram força suficiente para desenvolver-se;
- 3) Tem eficácia complementável através da ação do legislador infraconstitucional;
- 4) Os programas por elas traçados obrigam os órgãos estatais;
- 5) Determinam a cessação da vigência, por inconstitucionalidade sucessiva, das normas infraconstitucionais anteriores que disponham em sentido contrário;
- 6) Fixam critérios a serem adotados pelo legislador ordinário;
- 7) Possuem um duplo sentido proibitivo, porque vedam a emissão de normas legais contrárias, proibindo, também, a prática de comportamentos que tentem impedir a produção dos atos por ela impostos.

José Afonso da Silva (2012, p. 139) entende a norma jurídica como um imperativo:

Ora, se elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos; se ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra seu caráter imperativo, imperatividade que se afere nos limites de sua eficácia reduzida, mas sempre imperatividade.

No mesmo sentido, Celso Antônio de Mello (*apud* PIMENTA, 1999, p. 140) afirma a imperatividade das normas programáticas, esclarecendo que ao Direito, cabe a imposição de condutas, o regramento constitucional estabelece comportamentos obrigatórios para o Estado e para os homens. Deste modo quando se dispõe para a realização da justiça social, mesmo nas “regras chamadas de programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.”

Para Paulo Pimenta (1999, p. 140) a natureza jurídica não é atingida, “apenas vai influir no grau de sua eficácia e, por conseguinte nas situações subjetivas por elas geradas.”

Segundo Ruy Barbosa (*apud* PIMENTA, 1999, p. 147), poder-se-ia falar em normas autoexecutáveis e não autoexecutáveis, sendo que as primeiras teriam exequibilidade imediata, enquanto as demais dependeriam de leis ordinárias. Nas primeiras, o direito instituído já se acha constituído dos meios de execução e preservação.

A doutrina clássica defendida no Brasil por alguns estudiosos estabeleceu que a norma programática tem conteúdo semântico, desta forma, não obrigaria os órgãos do Estado e não geraria direitos subjetivos, tratando-se apenas de princípios indicativos para a adoção de programas.

O italiano Vezio Crisafulli et. al (*apud* BONAVIDES, 2012, p. 248) lançou as bases da doutrina moderna, contrapondo-se à doutrina clássica. Para a doutrina moderna, o direito previsto na Constituição deve ser obrigatório para o Estado, uma vez que as normas programáticas são tão eficazes quanto às outras.

Os ensinamentos de Crisafulli exerceram influência sobre Canotilho (*apud* PIMENTA, 1999, p. 155) que tratou das normas constitucionais programáticas, afrontando a doutrina tradicional, dizendo: “As normas programáticas estão longe de configurar ‘simples programas’, ‘proclamações’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade”.

Sobre a função “normas-programas” Canotilho citado por Paulo Roberto Pimenta (1999, p. 157-158) conclui:

- (1) – Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional);
- (2) – Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição)
- (3) – Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação ao actos que as contrariam.

Eros Roberto Grau (2012, p. 136) tece suas considerações sobre as normas constitucionais programáticas, “sobretudo – repita-se as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.”

Celso Antônio Bandeira de Mello tem o mesmo entendimento, segundo ele: “todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos [...] Tais direitos são verdadeiros ‘direitos subjetivos’, na acepção mais comum da palavra” (*apud* PIOVESAN, 2003, p. 66).

Assim, em face deste estudo, tem-se que as normas programáticas são aptas a produzirem efeitos, mesmo inseridas na função de programa, podendo ser exigíveis da mesma forma que os outros dispositivos constitucionais.

Deste modo, o preceito constitucional possui um encargo inevitável ao legislador, julgador e administrador. Os direitos sociais, quando previstos por normas programáticas são direitos públicos de prestação e devem ser exigidos do Estado.

Flávia Piovesan (2003, p. 08) ressalta a posição atual da doutrina predominante:

As normas programáticas estão condicionadas à discricionariedade do legislador. Por isso, entende-se que as normas programáticas não consentem que o cidadão as invoquem, pedindo aos Tribunais o seu cumprimento por si só. Daí concluindo-se então que deles não emergiram verdadeiros direitos subjetivos, mas somente expectativas de direitos.

Reconhecendo o caráter vinculativo das normas programáticas, Celso Antônio Bandeira de Mello (*apud* SILVA, 2012, p. 155) explicita em normas que expressam:

[...] apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra.

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva (2012, p. 164) temos que:

[...] as normas sociais programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem [...]"

José Afonso (2012, p. 17) ressalta a importância das normas constitucionais:

Pois, uma coisa é a Constituição vigente, solenemente promulgada, outra é a Constituição eficaz, isto é, desde logo aplicável, exigível, com força obrigatória; outra, afinal, a Constituição aplicada, efetivamente cumprida, aplicada e eficaz.

A ideia clássica de que a discricionariedade do legislador não está sujeita ao controle jurisdicional, é entendimento que não mais se amolda às alterações adotadas pela nova ordem constitucional de 1988.

O Estado social é intervencionista, fazendo crescer a dependência das pessoas pela dificuldade que estas encontram prover suas necessidades existenciais mínimas, exigindo-se do Estado prestações positivas. O Estado social obtém legitimidade por meio das políticas sociais.

Conquistar o respeito e efetivar os direitos sociais, por meios das respostas dos órgãos jurisdicionais às demandas que surgem, trata-se de necessidade real, a fim de se assegurar a cidadania. Deve-se, assim, reconhecer os Direitos fundamentais como imanentes ao ser humano, pressupondo sua legitimidade perante às legislações. Seguindo este raciocínio, tem-se que o direito deve dispor de meio para a sua materialização e este deve ser eficaz.

Nos direitos individuais a luta era por liberdade, demandando do Estado obrigações negativas, conduta de abstenção, já nos direitos sociais requer-se obrigações positivas, comportamento de intervenção. O direito aos serviços e bens sociais figura como uma expectativa para favorecer os desamparados, assegurando-lhes a dignidade e a cidadania.

O Estado deve ter estrutura jurídica eficaz para recompor as transgressões ou desrespeitos aos direitos humanos. O Poder Judiciário deverá ser independente e eficiente, principalmente ante os atos do Poder Executivos que quase sempre ferem e não defendem os direitos fundamentais.

O Município tem a competência de executar a política urbana por meio do Plano Diretor, estabelecendo os requisitos indispensáveis para organização do município, a fim de ordenar o desenvolvimento pleno dos projetos sociais e assegurar a satisfação de seus habitantes.

Essa política urbana deve ter como objetivo primordial, garantir o usufruto desses direitos urbanos, por meio do acesso de todos à moradia adequada, transporte público, infraestrutura básica, saneamento básico, saúde, educação, cultura, esporte e lazer, bem como à preservação e recuperação do meio ambiente.

As políticas sociais e econômicas devem assegurar a efetividade das normas constitucionais. Para atender-se as demandas existentes em nossa sociedade, torna-se necessário sintonia das fontes de direito, lei, doutrina e jurisprudência, com a realidade social. Assim, ante a omissão do legislador e do administrador, competirá ao judiciário a salvaguarda do direito violado. Diante desta situação, a assistência jurídica aparece como meio para população conquistar a cidadania e garantir seus direitos.

A sociedade tem de integrar o controle da atividade estatal, demandando pelos meios que lhe são conferidos, a materialização dos seus direitos. O Estado, enquanto responsável pela aplicação das normas, tem por obrigação encarregar-se da garantia dos direitos da população por intermédio de seus órgãos.

O Estado, amparando-se em seu poder de ingerência, pode deslocar mais recursos para consecução dos projetos sociais para a diminuição das desigualdades. O Estado deve se preocupar em desenvolver projetos que envolvam toda a população a fim de assegurar o acesso de todos aos seus direitos básicos.

Parece óbvio que se o Estado realmente aplicasse os recursos de forma adequada, visando garantir os direitos fundamentais do cidadão, a população não precisaria recorrer incessantemente ao Poder Judiciário para ver concretizados os seus direitos fundamentais.

De certo, não se pode esperar uma mudança de atitude do Governo, uma vez que ele está numa posição cômoda de justificação frequente de ausência de recursos e de não ser possível atender de modo mais eficaz. Na realidade, verifica-se que não há vontade política concreta. Talvez a mudança de comportamento só venha, quando o Poder Público for obrigado a prestar os serviços exigidos e a concretizar os direitos.

Quando a busca pela aplicação dos preceitos constitucionais pela população se tornar constante, possivelmente o Estado altere esta conduta omissiva e perceba que não há possibilidade de se furtar da sua função de garantidor e protetor dos direitos. Talvez compreenda que não poderá mais ficar indolente, pois garantir os direitos básicos do cidadão fortalece e confere prestígio à Constituição.

O direito pode ser a principal ferramenta de incentivo das mudanças institucionais da sociedade. Segundo André Franco Montoro (2011, p. 596):

O direito tem uma função transformadora do meio social que não pode ser esquecida. É tão grande sua capacidade de conservar as instituições como a de tornar-se o principal agente da mudança social. Não se pode esquecer que o legislador, ao elaborar a lei, o administrador ao executá-la e complementá-la, o juiz ao aplicá-la a casos de dúvida, o advogado e o assessor jurídico, ao orientarem empreendimentos, contratos, acordos e outros atos jurídicos, estão, todos, contribuindo para a modificação da realidade social.

Os profissionais do direito desempenham uma importante tarefa na transformação da situação atual, bem como, a população, que deve recorrer ao Poder Judiciário, demandando a materialização do direito. O Poder Judiciário ficará incumbido da grande tarefa de fazer valer o direito transgredido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso para normatização dos direitos sociais no Brasil, mormente após a Declaração dos Direitos do Homem, obteve com Constituição Federal de 1988 o seu apogeu, ao arrolar os direitos sociais, estabelecer obrigações para o Estado e ainda listar garantias e remédios constitucionais. Modernamente, o transtorno não é o de fundamentar os direitos, e sim de assegurá-los e tutelá-los. A crise existente é o distanciamento entre a norma e a realidade.

Para a eficácia dos direitos sociais, torna-se necessário que as fontes de direito estejam em harmonia com a realidade social. As políticas sociais e econômicas devem assegurar aos interesses e garantir a efetividade dos dispositivos constitucionais.

O respeito à tripartição dos poderes é fundamental, contudo não pode olvidar a teoria dos freios e contrapesos, pela qual um poder fiscaliza o outro. Ante a falha do legislador e a omissão do administrador, compete ao Poder Judiciário assegurar o direito violado.

O Poder Judiciário tem que conceder um prazo para a execução da norma e na hipótese dela não se concretizar, torna-se mister que o próprio judiciário possibilite o exercício o direito em concreto.

Os órgãos públicos não devem agir com total discricionariedade na execução das políticas que garantam os direitos sociais, pois estes atos tem que ser controlados pelo cidadão, por intermédio dos instrumentos que lhe são conferidos, entre eles, a ação popular, mandado de segurança, mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Compete ao Poder Judiciário assegurar a efetividade dos direitos sociais afirmando a eficácia das garantias e dos remédios constitucionais. Os direitos sociais são considerados normas de caráter programático, dotadas de um caráter

obrigatório, efetivo, vinculante, de direito subjetivo em demandar as obrigações do Estado.

A lei tem de garantir a aplicabilidade do direito, assim Estado deverá assumir o sua função para a efetividade dos direitos através das prestações de serviços sociais eficazes. Pois a inércia do Estado acaba por tolher os importantes avanços da Constituição Federal de 1988.

As principais ações para garantia do Estado Democrático de Direito são o mandado de segurança, mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois a falta de normatização da própria legislação, não poderá permitir a inefetividade dos direitos fundamentais.

O processo de construção demanda a participação dos Poderes Públicos e para tanto, é necessário a transformação no comportamento de toda a sociedade. Atualmente, o Poder Executivo responde as demandas básicas apresentadas valendo-se de seu poder discricionário e da carência de recursos para não implantar com eficácia as políticas sociais. O Judiciário muitas vezes alega o respeito à tripartição dos poderes e aguarda ação do Poder Legislativo. O Poder Legislativo, por seu turno, finda por adotar a posição mais cômoda, pois no fim das contas, a Constituição brasileira é uma das mais apreciadas do Mundo pelos direitos que prevê.

Desta forma, compete ao Poder Judiciário, respeitando o sistema de freios e contrapesos, encarregar-se da legitimação das aspirações sociais, a fim de garantir a cidadania e justiça. Essa ação do Judiciário pode efetivar-se por meio do controle da inércia do Poder Legislativo, a fim de fazer valer o direito em concreto.

O Estado, para efetivação dos direitos sociais, poderá valer-se de seu poder de intervenção e transferir recursos para a diminuição das desigualdades sociais e proteção dos indivíduos. Resta ao Estado ter vontade política para garantir a aplicabilidade dos direitos sociais para a conquista da justiça e da paz social.

Diante disto, conclui-se que cabe ao Poder Judiciário a importante missão de fazer valer o direito, seja para que o Poder Legislativo elabore a norma para proteção ou para que o Poder Executivo implemente determinada ação a fim de resguardar direitos ou restabelecer os que foram violados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo.; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David.; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. atual. São Paulo: Verbatim, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiro, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2013.

_____. **Lei 8.080, de 19 de set. 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 11 jul. 2013.

_____. **Lei Nº 8.742, de 7 dez. 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 13 jul. 2013.

_____. **Lei n. 9.868, de 10 nov. de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em 25 jul. 2013.

_____. **Lei 11.346, de 15 set. 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm>.

Acesso em: 21 jul. 2013.

_____. **Lei Nº 12.016, de 7 ago. 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em: 23 jul. 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1998**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994-1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LENZA, Pedro. **Curso de direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 29.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2009.
_____. **Direitos Humanos fundamentais**: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo. Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMALHO, Claudia. **Desafios para o Lazer como prática social cidadã**. Disponível em:
<http://www.socialtec.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=156:desafios-para-o-lazer-como-pratica-social-cidada&catid=37:cidadania&Itemid=2>.
Acesso em: 30 jul. 2013

SILVA, José Afonso de. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8.ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34.ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

OBRAS CONSULTADAS

ALEXANDRINO, Marcelo.; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

ARAÚJO, Luiz Alberto David.; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 16 ed. atual. São Paulo: Verbatim, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Curso de direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.